MYRIAM v. MOHAMED ARIFF*

[Mahkamah Tinggi (Abdul Hamid H.) Januari 26, 1971]

[Kuala Lumpur – Saman Permulaan No.344 tahun 1969]

Kanak-kanak – Hak penjagaan – Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961, ss. 5 dan 11 – Sama ada Akta terpakai kepada kanak-kanak yang berugama Islam – Sama ada permohonan boleh dibuat kepada Mahkamah Tinggi biarpun perintah persetujuan dibuat oleh Kadi – Pertimbangan utama kebajikan kanak-kanak – Enakmen Pentadbiran Ugama Islam Selangor, 1952, s. 45 dan 46 – Ordinan Undang-Undang Sibil, 1956, 27.

Undang-Undang Islam – Kanak-kanak – Hak penjagaan – Kebajikan kanak-kanak – Pertimbangan utama.

Ini adalah permohonan bagi hadhanah dua orang kanak-kanak, seorang budak perempuan berumur 8 tahun dan seorang budak lelaki berumur 3 tahun. Pemohon ini, ibu kepada kanak-kanak tersebut telah diceraikan oleh responden, bapa kanak-kanak tersebut. Pada masa perceraian itu Kadi telah merekodkan perintah persetujuan memberi hadhanah kanak-kanak itu kepada responden. Sejak perceraian tersebut pemohon telah mengahwini seorang lelaki yang tidak berkaitan dengan kanak-kanak tersebut. Adalah dihujjahkan oleh responden antara lain (a) bahawa pemohon adalah dicegah dari membuat permohonan oleh sebab dia telah mempersetujui perintah bagi hadhanah yang dibuat oleh Kadi; (b) bahawa Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 adalah takterpakai oleh sebab kanak-kanak tersebut berugama Islam.

Diputuskan: (1) Dengan dipandu oleh seksyen 45(6) Enakmen Pentadbiran Ugama Islam Selangor yang memperuntukkan bahawa tiada apa di dalam Akta harus menyentuh bidangkuasa mana-mana Mahkamah Sibil, pemohon ini adalah berhak untuk membuat permohonan biarpun perintah persetujuan itu dibuat oleh Kadi, dan mahkamah mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan ini;

(2) bahawa seksyen 5 dan 11 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 adalah terpakai, oleh sebab tiada apa dapat menunjukkan bahawa peruntukan tersebut bertentangan atau berlawanan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu;

(3) bahawa di dalam memakai peruntukan Akta Penjagaan Kanak-Kanak perhatian hendaklah diberikan kepada ugama dan adat pihak-pihak yang berkenaan, tetapi keputusan itu tidak perlu dibuat berikutan dengan kaedah-kaedah ugama dan adat kecuali bila ianya berkaitan dengan atau mengenai seseorang yang berumur bawah 18 tahun yang menganuti Ugama Islam, di dalam keadaan mana, mana-mana peruntukan yang bertentangan atau berlawanan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu tidak akan dipakai;

(4) bahawa di bawah kedua-dua Undang-undang Inggeris dan Undang-undang Islam pertimbangan utama ialah kebajikan kanak-kanak dan memakai pertimbangan tersebut dalam kes ini, hadhanah budak perempuan ini diberi kepada responden dan hadhanah budak lelaki kepada pemohon hingga dia mencapai umur 7 atau 8 tahun bila mana-mana pihak-pihak adalah bebas untuk memohon. Pihak-pihak juga akan diberi hak yang munasabah untuk menemui kanak-kanak tersebut dan jagaan sementara semasa cuti persekolahan.

Kes yang dirujuk

(1) *Mengenai hal Omar bin Shaik Salleh dan Hanisah binti Shaikh Salleh, Kanak-Kanak; Shaikh Salleh bin Omar Jammal* lwn. *Mariambee binti Shaik Omar* [1948] M.L.J. 186.

SAMAN PERMULAAN

Abdul Rahim Noor bagi pemohon.

S.T. Gamany bagi responden.

Abdul Hamid H.: Ini adalah permohonan dengan saman permulaan bagi hadhanah dua orang anak yang masih kanak-kanak, seorang perempuan bernama Nor Izan 8 tahun dan seorang lelaki, Mohamed Faizal, lebih kurang 3 tahun.

Kedua-dua pemohon dan responden bergantung terutamanya kepada affidavit masing-masing. Kenyataan yang terkandung dalam affidavit telah diringkaskan dengan hati-hati oleh Raja Azlan Shah H. yang telah pada awalnya mendengar permohonan ini. Dengan penghormatan kepada hakim yang arif itu, saya akan mengeluarkan semula di bawah ini bahagian yang berkaitan ringkas itu dan menggunakannya sebagai kepunyaan saya:

"Pemohon adalah seorang wanita Swiss yang bernama Theresia Mari Ruthemann. Dia telah berjumpa dengan responden di London. Mereka kemudiannya berkahwin di Masjid Pusat London, Regent Lodge Park, London, di masa mana pemohon mengambil nama sekarangnya, Myriam binti Abdullah. Perkahwinan tersebut didaftarkan di bawah Akta Perkahwinan Inggeris, 1949. Apabila mereka pulang ke Malaysia, perkahwinan tersebut kemudiannya didaftarkan di Pendaftaran Perkahwinan, Kuala Lumpur pada 28hb. November 1960. Ada dua orang anak dari perkahwinan tersebut, seorang perempuan Nor Izan dan seorang lelaki Mohammad Faizal.

Pada 18hb. September 1963, pihak-pihak telah pergi ke Mahkamah Kadi di Petaling Jaya untuk mendapatkan perceraian. Dengan persetujuan pihak-pihak suatu perceraian bersyarat (talak taliq) diberikan. Syarat tersebut adalah bahawa responden adalah mendapat penjagaan anak-anak itu tetapi pemohon mempunyai hak menemui mereka.

Pada 25hb. November 1968, pemohon mengahwini Wan Mohamed Don dari Kuantan dengan siapa dia tinggal sekarang. Responden kemudian dalam bulan Januari 1969, mengahwini sepupunya Wan Fatimah Maheran binti Dato Wan Ibrahim.

*Dialihbahasa dari [1971] 1 M.L.J. 265 oleh Cik Ahilemah binti Jonet LL.B. (Malaya), LL.M. (London), Pensyarah, Fakulti Undang-undang, Universiti Malaya.

Dalam affidavitnya, pemohon mengatakan bahawa bila mereka pergi ke mahkamah kadi bagi tujuan mendapatkan perceraian, responden enggan membenarkan dia membawa peguam dan penterjemah, dan responden telah mengancam tidak akan memberi dia perceraian jika dia membawa peguam atau penterjemah. Responden sebaliknya membawa dua orangnya sendiri, Penghulu Kuala Lumpur (saudara responden) yang bertindak sebagai penterjemah, dan seorang lain, seorang orang gaji wanita, Mariam, yang menjadi saksi. Pemohon mendakwa yang Penghulu itu adalah sangat lemah dalam menterjemahkan apa yang dikatakan oleh pihak-pihak semasa perbicaraan, supaya dengan itu dia terdorong untuk menandatangani pengisytiharan itu tanpa menyedari akibatnya, dan hanya kemudian dari itu dia mengetahui yang Kadi telah memberi hadhanah kedua-dua anaknya kepada responden.

Pemohon juga mengatakan bahawa sejak perceraian, anak-anak itu telah dibawa jauh darinya dan bahawa dia mempunyai, dari pengamatannya, rasa syak yang kuat yang mereka tidak dijaga dengan baik oleh responden. Mengenai yang lelaki, Mohamed Faizal, dia berhujjah bahawa dia (budak itu) tidak berada di bawah hadhanah berterusan responden. Di antara Disember 1968 dan Januari 1969 dia mendapati budak itu di dalam hadhanah Wan Harun dan Wan Khairul (sepupu responden itu) di Kampong Pandan, pada 5hb. April 1969, dia mendapati budak itu di rumah Zaitun binti Dato' Othman di Damansara di bawah jagaan Wan Khairul, pada 22hb dan 29hb April, budak itu didapati berada di rumah Dato' Othman (bapa responden), dan bahawa terdapat lima ketika di mana dia cuba melawat anak itu tiada ada saudara mara yang boleh memberitahunya di mana dia berada. Selanjutnya lagi, dia mengatakan yang anak itu, pada suatu ketika didapati di dalam buaian dengan botol susu yang pecah, dan dalam suatu ketika yang lain dia mendapati pakaian anak itu kotor dan dia berbau kencing, dan pada 15hb Mac 1969, dia nampak anak itu mempunyai kelecuran di bahagian atas tangan kanannya dan dia dapati kemudiannya yang anak itu tidak di bawa ke hospital hingga sepuluh hari kemudiannya.

Mengenai yang perempuan, pemohon mengatakan bahawa di antara Disember 1968 dan Mac 1969 dia dapati rambutnya mempunyai kutu dan dia terpaksa menaruh minyak tanah untuk mencuci rambut itu. Dia mengatakan bahawa semasa responden dan isteri sekarangnya menjalankan istiadat bersanding mereka di Alor Star, anak itu dihantar ke Klang dan bahawa semasa responden berada di luar Malaysia, anak itu tinggal di rumah responden di bawah jagaan amah. Pada suatu ketika dia mengatakan, dia dapati anak itu terkunci di dalam rumah responden bersama adik responden yang sakit otak, dan anak itu menangis untuk keluar; responden juga telah mengenakan kekejaman mental ke atas anak itu dengan memberitahu anak itu bahawa dia, responden tidak mahu dia dan Faizal lagi. Bila anak itu mempunyai bintat yang berjangkit adalah dia (pemohon) yang menghantar anak itu untuk rawatan. Pemohon dengan itu memohon bahawa bagi kepentingan kedua-dua kanak-kanak itu di segi mental atau disebaliknya, mereka diletakkan di bawah jagaan dan hadhanahnya terutama bila kanak-kanak itu masih di dalam umur yang muda dan memerlukan seluruh jagaan dan kasih sayang seorang ibu.

Responden dalam affidavitnya, menyatakan bahawa hadhanah anak-anak tersebut telah dengan wajar diberi kepadanya oleh perintah Kadi dengan persetujuan sukarela dan bebas pemohon yang telah menandatangani perintah itu setelah ianya dibacakan dan diterangkan kepada pemohon, dan oleh sebab perintah Kadi telah dibuat dengan persetujuan di bawah seksyen 46(1)(b) Enakmen Pentadbiran Ugama Islam Selangor, 1952, syaratnya memperuntukkan bahawa ianya tidak boleh dijadikan perkara untuk merayu; dan walaupun pemohon mempunyai pemulihan sedemikian, pemohon terlewat masa oleh sebab lebih dari satu tahun telah berlalu sejak perintah itu dibuat. Enakmen itu menghendaki yang rayuan dibuat dalam masa empat belas hari dari tarikh perintah hadhanah; dan oleh sebab pemohon tidak berbuat demikian, pemohon tidak boleh sekarang datang untuk meminta pertolongan ke mahkamah ini untuk membuka semula keputusan Kadhi.

Adalah selanjutnya dihujjahkan oleh responden bahawa di bawah Undang-undang Islam Mazhab Shafie seorang ibu hilang hadhanah anak-anak jika dia tinggal jauh dari suami tanpa pengetahuan dan persetujuan suaminya atau kemudiannya mengahwini lelaki yang seorang asing, iaitu seseorang yang tidak tergolong di dalam orang-orang yang dilarang berkahwin dengan anak-anak pemohon. Pemohon telah meninggalkan responden dan pergi ke Kuantan pada 15hb September 1968 ke rumah suaminya sekarang tanpa pengetahuan atau persetujuan responden; dan pada masa itu suami pemohon sekarang masih berkahwin dengan bekas isterinya. Dan bahawa, walaupun hadhanah anak-anak itu diberi kepada pemohon, adalah diragukan sama ada anak-anak itu akan dijaga dengan baik kerana suami pemohon sekarang mempunyai lima anak lain dari dua perkahwinan terdahulu yang harus dijaga dan diberi nafkah, selanjutnya lagi, ada risiko anak-anak itu dibawa keluar dari negeri ini sekiranya perkahwinan pemohon sekarang gagal seperti apa yang berlaku kepada dua perkahwinan terdahulu suami pemohon sekarang, dan jika sedemikian, terdapat juga bahaya yang anak-anak itu tidak akan dididik dengan sempurna sebagai orang Islam memandangkan latarbelakang ugama pemohon.

Responden selanjutnya menyatakan bahawa dua orang anak itu telah selama ini tinggal dengannya kini bagi tempoh lebih dari satu tahun, dan seperti yang telah didakwa oleh responden, terdapat ikatan kasih sayang yang sangat kuat wujud di antara anak-anak tersebut dengan isterinya dan dirinya yang akan mengganggu mereka di segi emosi sekiranya perkiraan sekarang diganggu. Memandangkan akibat-akibat tersebut, responden memohon yang dia dan isterinya adalah orang yang paling sesuai untuk mendapat penjagaan dan hadhanah kanak-kanak tersebut."

Keterangan lisan pemohon dan responden dikemukakan semasa perbicaraan permohonan ini di masa pemeriksaan balas dan pemeriksaan semula. Dalam menjawab pemeriksaan balas peguam responden, pemohon mengaku bahawa dia telah bertolak ke Kuantan pada 15hb September 1968 dengan seorang amah dan anak lelakinya untuk tinggal selama tiga hari di rumah suami nya sekarang tanpa mendapat persetujuan suaminya. Walaupun demikian, dia mendakwa bahawa sebelum September 1968 dia telah dihantar ke Kuantan oleh responden supaya dia tidak menjadi penghalang. Responden ada menyatakan bahawa pada suatu ketika di pertengahan 1967, di atas permintaannya, pemohon dan anak perempuan kecilnya mengha-

biskan cuti mereka di Kuantan. Mereka tinggal di rumah suami pemohon sekarang dan seminggu selepas itu responden menyertai mereka.

Pemohon tidak menafikan bahawa dia menguruskan sebuah tadika dalam bulan September 1968 dan menghabiskan seluruh pagi di sana meninggalkan anak lelakinya dengan Wan Putih. Walaupun demikian, dia mendakwa bahawa responden tidak membantah hal itu dan tambahan lagi dia berpuas hati yang bayi itu dijaga dengan baik.

Responden menegaskan bahawa perbuatan pemohon dalam mengabaikan anak-anak itu semasa dia asyik dengan tadikanya dan semaian kelapa sawitnya dan lebih rela untuk meninggalkan anak-anak itu dengan dia dan mengutamakan suami nya sekarang, menunjukkan bahawa dia tidak berada di dalam kedudukan yang lebih baik untuk menghabiskan seluruh masanya bagi anak-anaknya.

Responden dalam keterangannya memberitahu bahawa dia kini mempunyai anak dari perkahwinannya dengan isteri nya sekarang, seorang bayi berumur tujuh bulan. Isterinya adalah seorang guru di Convent, Brickfield dan amah-amahlah yang menjaga kedua-dua anak kecil itu. Adalah ternyata yang dia (isteri) akan menghabiskan sebahagian dari masa untuk anaknya sendiri. Responden walaupun demikian menegaskan bahawa tiada tanda yang isterinya memberi keutamaan kepada anaknya sendiri. Sebagai seorang guru dia berusaha untuk menentukan yang Nor Izan membuat kerja-kerja rumahnya.

Menurut responden, anak lelakinya telah tinggal bersamanya selama tempoh lebih dari dua tahun, iaitu sejak pemohon meninggalkannya semasa dia berusia lapan bulan. Ikatan dan kasih sayang dia dan anak lelaki itu, di antara anak lelaki itu dan kakaknya dan di antara isterinya sekarang dan anak lelaki itu adalah sangat erat dan tiada apa dalam dunia harus merosakkannya. Dia percaya bahawa anak lelakinya tidak rindukan kasih sayang dan penjagaan ibu sejati kerana dia telah mengambil isteri nya sekarang yang merupakan emak saudara anak itu, sebagai ibunya. Dia juga percaya yang anak lelaki itu akan membesar dan menerima isterinya sekarang sebagai ibunya.

Merujuk kepada tuduhan-tuduhan pemohon bahawa dia tidak membuat apa-apa persediaan bagi kelahiran bayi itu bila dia bertolak ke India, dan dia (isteri) mempunyai wang yang sedikit, responden menyatakan dia fikir yang bayi itu tidak akan dilahirkan sekurang-kurangnya satu bulan selepas tarikh dia berlepas. Jadi dia tidak fikir adalah perlu untuk membuat persediaan yang lengkap. Walaupun demikian dia telah memberitahu Wan Don dan memintanya untuk membuat persediaan bagi kenderaan dan lain-lain keperluan sekiranya ada kelahiran.

Tersebut adalah keterangan lisan dan, sebelum diteruskan untuk menimbangkan *merit* kes ini, akan saya selesaikan dahulu hujjah responden yang pemohon setelah dengan rela dan bebas mempersetujui perintah Kadhi, kini disekat dari membuka semula kes ini dengan membuat permohonan ini. Berdasarkan fakta kes ini, saya tidak fikir adalah boleh dinafikan dengan bersungguh-sungguh yang pada masa perbicaraan perceraian di hadapan Kadhi, pemohon tidak membantah kepada perintah yang dibuat. Walau bagaimanapun persoalan di hadapan mahkamah adalah, saya fikir, sama ada, sekalipun persetujuan itu, perintah kadhi boleh dijakikan perkara rayuan dan yang mahkamah ini mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan itu. Syarat (proviso) kepada seksyen 46(1)(iii) yang digunakan oleh responden berbunyi:

"Dengan syarat bahawa tiada rayuan boleh dibuat terhadap keputusan dibuat dengan persetujuan."

Untuk rujukan yang mudah, saya akan membentangkan subseksyennya kepada seksyen 46 yang berkaitan, iaitu, subseksyen (1) –

"46(1) Sesuatu rayuan hendaklah dihadapkan kepada Jawatankuasa Rayuan yang bawah dari ini ditubuhkan dari mana-mana keputusan Mahkamah Kadhi Besar atau Mahkamah Kadhi –

(a) dalam bidangkuasa jenayahnya, oleh seseorang yang dithabitkan dan dihukum penjara atau denda tidak kurang dari dua puluh lima ringgit; rayuan sedemikian boleh dibuat terhadap thabitan atau hukuman atau keduanya;

(b) Dalam bidangkuasa sibilnya –

(i) oleh mana-mana orang yang tidak puas hati dengan keputusan itu, jika jumlah di dalam persoalan rayuan tidak kurang dari satu ratus ringgit

(ii) dalam semua kes yang melibatkan mana-mana keputusan mengenai status diri, oleh mana-mana orang yang tidak berpuashati dengan keputusan itu

(iii) dalam semua kes berkaitan dengan nafkah orang-orang tanggungan, oleh mana-mana orang yang tidak berpuashati dengan keputusan itu:

Dengan syarat bahawa tiada rayuan sedemikian boleh dibuat terhadap keputusan yang dibuat dengan persetujuan; dan

(c) Dalam kes yang lain, jika Jawatankuasa Rayuan beri kebenaran untuk merayu."

Dalam kontek seksyen 46, saya cenderung memikirkan syarat itu tidak terpakai kepada perintah tersebut. Di bawah seksyen 46(3)(iii) Enakmen Pentadbiran Ugama Islam Selangor, seorang Kadhi mempunyai kuasa untuk mendengar dan menentukan perbicaraan berkaitan dengan hadhanah kanak-kanak dan sesuatu Jawatankuasa Rayuan boleh mendengar rayuan dari keputusan mahkamah kadhi. Bagaimanapun, dari pembacaan seksyen 46(1) yang saya anggap tidak digubal dengan baik, adalah nyata yang jika pemohon hendak merayu, bolehlah dilakukannya dengan cara yang diperuntukkan oleh seksyen 46(1)(c). Syarat yang dirujuk oleh responden nampaknya berkait, terutamanya dengan rayuan dalam kes-kes yang berkaitan dengan nafkah orang tanggungan [seksyen 46(1)(iii)], dan ia nampaknya tidak terpakai kepada rayuan dalam kes hadhanah kanak-kanak. Untuk sebab yang saya nyatakan di atas, saya tidak fikir syarat itu boleh dengan cara apapun menyentuh hak pemohon untuk merayu. Oleh sebab tidak ada rayuan atau permohonan mendapatkan kebenaran untuk merayu, perbincangan lanjut dalam perkara ini adalah merupakan semata-mata akademik. Sekalipun hakikatnya adalah pemohon tidak menfailkan apa-apa rayuan dan memohon mendapatkan kebenaran untuk merayu, adalah tidak boleh, saya fikir, dicabar dengan sesungguhnya memandangkan subseksyen (6) seksyen 45, yang pemohon adalah dicegah dari membuat permohonan ini. Subseksyen (6) seksyen 45 berbunyi:

"45(6) Tiada apa terkandung dalam Enakmen ini akan menyentuh bidangkuasa Mahkamah Sibil dan, sekiranya ada apa-apa perbezaan atau perselisihan timbul di antara keputusan Mahkamah Kadhi Besar atau Kadhi dan keputusan Mahkamah Sibil yang bertindak dalam bidangkuasanya, keputusan Mahkamah Sibil akan diikuti."

Berikutan dengan subseksyen ini, saya berpendapat bahawa pemohon adalah berhak untuk membuat dan sesungguhnya mahkamah ini mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan ini.

Adalah juga dihujjahkan oleh responden bahawa Akta itu tidak terpakai kerana perkara pokok perbicaraan, iaitu, dua orang kanak-kanak ini adalah berugama Islam dan berumur bawah 18 tahun. Pada pandangan saya adalah bukan tujuan perundangan menjadikan peruntukan Akta Penjagaan Kanak-Kanak, 1961 tidak terpakai kepada mana-mana orang yang berumur bawah 18 tahun dan menganut Ugama Islam. Hanya di mana peruntukan bertentangan atau berlawanan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu ianya tidak terpakai. Seksyen 2 Enakmen Penjagaan Kanak-Kanak Selangor (Diterima) 1961 (6 tahun 1961) dengan jelas memperuntukkan:

"Akta Penjagaan Kanak-Kanak, 1961, dengan ini diterima oleh Enakmen ini dan terpakai kepada orang-orang yang menganut ugama Islam:

Dengan syarat –

(a) Tiada apa dalam Akta tersebut yang bertentangan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu akan terpakai kepada mana-mana orang yang berumur di bawah lapan belas tahun yang menganut Ugama Islam . . .".

Seksyen 5 dan 11 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, nampaknya berkaitan dengan perkara di dalam pertimbangan, tetapi pada fikiran saya mereka tidak bertentangan dengan dan berlawanan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu. Seksyen 5 Akta Penjagaan Kanak-Kanak selain dari memperuntukkan bahawa tertakluk kepada peruntukan seksyen 10 yang berkaitan dengan pemecatan penjaga oleh mahkamah atau hakim, menyatakan juga bahawa bapa kanak-kanak itu hendaklah menjadi penjaga kanak-kanak dan hartanya. Ianya juga membenarkan mahkamah atau hakim membuat perintah mengenainya yang ianya atau dia fikir sesuai mengenai hadhanah kanak-kanak itu, dan hak untuk menemui mana-mana ibubapa, dan boleh mengubah atau melepaskan perintah sedemikian pada bila-bila masa di atas permohonan mana-mana ibu bapa. Seksyen 11 Akta itu memperuntukkan bahawa mahkamah atau hakim dalam menggunakan kuasa yang diberikan oleh peruntukan terdahulu Akta itu hendaklah mengambil perhatian terutamanya mengenai kebajikan kanak-kanak dan hendaklah, di mana kanak-kanak mempunyai salah seorang ibu bapa atau ibu bapa, mempertimbangkan hasrat ibu bapa yang berkenaan atau kedua-dua mereka, mengikut keadaan kes. Pada pendapat saya, seksyen ini membentangkan prinsip asas atas mana mahkamah patut dipandu di dalam menimbangkan permohonan untuk hadhanah. Berkenaan ini saya fikir ianya berselarasan dengan prinsip utama dalam Undang-undang Islam iaitu di dalam menimbangkan hadhanah, faktor utama bagi mahkamah timbangkan ialah kebajikan kanak-kanak itu.

Di peringkat ini saya ingin menimbangkan sama ada dalam mendengar permohonan seperti ini, Undang-undang Inggeris akan terpakai. Saya pada awalnya tadi telah menyatakan pendapat bahawa seksyen 11 Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 adalah berkenaan bagi tujuan di bawah pertimbangan. Di bawah seksyen 27 Ordinan Undang-undang Sibil 1956, adalah diperuntukkan bahawa:

"(27) Dalam semua kes berkaitan dengan hadhanah dan kawalan kanak-kanak undang-undang yang harus ditadbirkan hendaklah sama seperti undang-undang yang ditadbirkan dalam kes yang serupa di England pada tarikh Ordinan ini dikuatkuasakan, dengan perhatian diberi kepada ugama dan adat pihak yang berkenaan, melainkan lain-lain peruntukan dibuat atau akan dibuat oleh mana-mana undang undang bertulis."

Pada umumnya, saya fikir, ini bermakna yang semasa memakai peruntukan Akta Penjagaan Kanak-Kanak, perhatian mestilah diberi kepada ugama dan adat pihak-pihak yang berkenaan. Ini tidak bermakna bagaimanapun bahawa apa-apa keputusan mesti dibuat menurut kaedah-kaedah ugama dan adat pihak-pihak yang berkenaan kecuali, tentunya, bila ianya berkaitan dengan atau mengenai mana-mana orang di bawah umur 18 tahun yang menganut Ugama Islam, dalam keadaan mana, mana-mana peruntukan yang bertentangan atau berlawanan dengan Ugama Islam atau adat orang Melayu, tidak akan terpakai.

Di bawah Undang-undang Inggeris adalah menjadi undang-undang yang tetap yang pertimbangan utama ialah kebajikan anak-anak. Di bawah Undang-undang Islam beberapa kaedah telah ditetapkan mengenai hadhanah kanak-kanak. Bagaimanapun, nampaknya di bawah Undang-undang Islam pun prinsip am yang menguasai hadhanah kanak-kanak ialah kebajikan kanak-kanak Dalam "Mohammadden law" oleh Syed Ameer Ali, edisi ke-6 Jilid II, m.s. 225/6 pengarang yang arif itu berkata:

"Walaupun tempoh hizanat berbeza-beza di kalangan berbagai-bagai mazhab, prinsip am yang menguasai jangka waktunya adalah berasaskan terutamanya di atas kepentingan seorang anak."

Dalam kes sekarang ini, peguam yang arif merujuk kepada beberapa kes dalam hujjah-hujjah mereka. Kes-kes ini, saya fikir berguna sebagai panduan tetapi mahkamah harus ingat bahawa keputusan setiap kes tersebut pada akhirnya bergantung ke atas merit kes tertentu itu. Adalah sukar, jika tidak mustahil, untuk bersandar ke atas keputusan mana-mana satu kes itu. Kes-kes Inggeris yang dipetik oleh Encik Gamany, peguam responden, lebih condong untuk mengesahkan bahawa keputusan mahkamah di England dalam kes-kes hadhanah adalah berasas terutamanya di atas pertimbangan bagi kepentingan kanak-kanak. Encik Rahim Noor, peguam pemohon, merujuk kepada beberapa kes untuk memperkuatkan hujjah bahawa dalam Undang-undang Islam pun, keputusan akhir mahkamah akan tetap dipengaruhi oleh pertimbangan untuk kepentingan kanak-kanak.

Dalam kes *Mengenai hal Omar bin Shaik Salleh (m) dan Hanisah binti Shaikh Salleh (f), kanak-kanak; Shaik Salleh bin Omar* (mw.) kes Singapura, yang arif pemangku Hakim Besar Pretheroe dalam menolak rayuan itu, berkata yang dia puas hati bahawa hakim yang arif itu menganggap kebajikan kanak-kanak sebagai pertimbangan yang utama dan menggunakan kuasa budibicaranya dengan cara yang dikehendaki oleh seksyen 11 Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak (Bab 50). Brown H. yang memberi keputusan yang berasingan telah mendapati bahawa dalam Undang-undang Islam pun, mahkamah mempunyai budibicara untuk melencong dari prinsip biasa. Walaupun kes ini tidak boleh mengikat saya, ianya mempunyai nilai yang meyakinkan. Ianya condong kepada menyokong hujjah yang di bawah Undang-undang Islam juga, hadhanah kanak-kanak boleh diberi dengan melencong dari prinsip biasa. Hakim yang arif itu berkata di muka surat 187:

"Dalam memoranda rayuan pemohon alasan yang kedua berbunyi seperti berikut:

Bahawa menurut Undang-undang Islam di mana, seorang janda diakadkah pernikahannya bagi kali kedua dan mempunyai anak dari perkahwinan kedua itu, dia tidak berhak mendapat hadhanah anak-anak, yang masih kanak-kanak, dari suaminya terdahulu.

Saya fikir adalah wajar diterangkan bahawa jika kenyataan undang-undang di atas diniatkan sebagai kaedah yang tetap janda diakadkan penikahannya bagi kali kedua dan mempaknya pada saya yang Ameer Ali dalam bukunya Mohammadden Law di muka surat 257 (Edisi 5) menyatakan ini dengan agak terang. Saya fikir kedudukan yang sebenar ialah oleh sebab seksyen 5 Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak yang biasanya memberi hadhanah kepada si bapa tetapi memberikan mahkamah budibicara, jadi menurut kaedah Undang-undang Mohammeddan seorang wanita yang berkahwin seorang asing pada kebiasaannya akan diambil hak hadhanah anak-anaknya yang masih kanak-kanak dari perkahwinan pertamanya, tetapi di sini juga mahkamah mempunyai budibicara untuk melencong dari kaedah biasa. Dalam kes ini jika hakim yang arif itu telah memakai kaedah biasa, sama ada di bawah Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak atau Undang-Undang Islam, dia tentunya telah memberi hadhanah itu kepada si bapa. Tetapi dipercayai ini sebagai kes di mana dia harus menjalankan budibicaranya dia telah memberi hadhanah kepada si ibu dan budibicara ini juga telah dijalankan di bawah Undang-undang Islam sama seperti di bawah Ordinan Penjagaan Kanak-Kanak. Saya hanya menyebut ini kerana ianya nyata kepada saya yang jika pun hakim yang arif itu mengambil Undang-undang Islam dalam pertimbangan, keputusan kes juga akan menjadi sama."

Keputusan sejumlah kes yang dirujuk oleh Encik Rahim juga condong untuk menetapkan yang biarpun ada kaedah-kaedah ugama Islam, hadhanah kanak-kanak telah diberi kepada seseorang dengan melebihi yang lain, di mana kepentin-

gan dan kebajikan kanak-kanak menghendakinya. Dengan itu dapat dilihat bahawa adalah tidak mudah untuk membuat keputusan dalam permohonan seperti ini. Dalam usaha saya untuk mencapai keadilan, saya bercadang untuk menggunakan budibicara saya dan memberi perhatian terutamanya kepada kebajikan kanak-kanak itu. Dalam berbuat sedemikian adalah bukan niat saya untuk mengenepikan ugama dan adat pihak-pihak yang berkenaan atau kaedah-kaedah di bawah Ugama Islam tetapi itu tidak semestinya bermakna yang mahkamah mesti berpegang kuat kepada kaedah-kaedah yang diperuntukkan di bawah ugama Islam. Mahkamah telah tidak, saya fikir, dilucutkan kuasa budibicaranya.

Dalam kes ini, kedua-dua pihak dalam perbicaraan ini menganut ugama Islam dan di bawah Undang-undang Islam, nampaknya terdapat kaedah bahawa di mana ibu bapa berpisah dan si ibu tidak berkahwin lagi, hadhanah budak lelaki hingga dia mencapai umur yang ketujuh tahun dan budak perempuan hingga akil baligh terserah kepada si ibu dan seorang wanita yang berhak ke atas hadhanah budak lelaki atau perempuan itu lucut kelayakan jika:

(a) dia mengahwini lelaki yang tidak berkait dengan budak itu dalam golongan yang dilarang berkahwin, selagi perkahwinan itu masih wujud

(b) dia tinggal jauh dari tempat kediaman si bapa

(c) dia gagal memberi penjagaan yang sempurna kepada anak itu; dan

(d) dia melakukan perbuatan yang sangat tidak sopan dan jelas ketidaksopanannya.

Saya tidak bercadang untuk membincangkan setiap ketidaklayakan ini. Saya berpendapat bahawa mahkamah ini tidak ditarik haknya untuk membuat perintah hadhanah, memberi anak itu kepada mana-mana ibu bapa jika kebajikan kanak-kanak menghendaki sedemikian. Ada tuduhan-tuduhan dan tuduhan-tuduhan balas oleh responden terutama mengenai perbuatan pemohon. Mereka berthabit terutamanya dengan beberapa keadaan perkara yang tidak boleh lagi dikatakan masih berlaku.

Adalah suatu kesimpulan yang tidak dapat dielakkan, sesungguhnya kesimpulan yang pada pendapat saya yang tidak ada secebis keraguan, yang walau apapun sebab yang membawa kepada keruntuhan perkahwinan, kedua-dua pemohon dan responden sayangkan anak-anak mereka dan sebenarnya ingin menjaga kedua-dua kanak-kanak itu. Itu, mesti saya akui, menjadikan ianya lebih sukar bagi saya untuk membuat keputusan. Mengenai pemohon, adalah ternyata bahawa dia sekarang telah berkahwin dengan seorang pegawai kanan kerajaan dan berugama Islam. Memandangkan rekod perkahwinan dan perceraian terdahulunya, responden tentunya menuntut yang dia tidak layak untuk menjaga anak-anak tirinya. Agar adil kepadanya, saya tidak fikir bahawa adalah munasabah bagi mahkamah ini untuk membuat andaian sedemikian. Sebenarnya tidak ada sedikit buktipun di hadapan mahkamah mengenai perkahwinan dan perceraian yang terdahulu. Sebaliknya, ada keterangan yang menunjukkan bahawa dua orang anak yang telah dewasa dari perkahwinan yang pertama, walaupun tidak tinggal bersamanya, adalah ditanggung dan dijaga oleh beliau. Ada juga keterangan yang menunjukkan bahawa tiga orang anak dari perkahwinannya yang kedua yang sekarang tinggal di Ireland adalah ditanggung dengan sempurna olehnya dengan wang sebanyak £75 sebulan.

Mengenai keadaan yang membawa perpisahan di antara pemohon dan responden, terdapat keterangan yang terlalu sedikit di atas mana mahkamah boleh membuat keputusan tertentu. Dan mengenai perbuatan pemohon, mahkamah tidak dapat membuat apa-apa keputusan yang tetap sama ada dia telah sebenarnya melakukan atau bersalah dalam apa-apa perbuatan tidak bermoral. Walaupun dihujjahkan bahawa pemohonlah yang hendakkan perceraian untuk membolehkan dia mengahwini suaminya sekarang, keadaan sekeliling yang membawa kepada kedudukan perkara ini, tidak boleh, saya fikir diketepikan langsung. Adalah dikatakan oleh pemohon bahawa responden tidak peduli untuk membuat persiapan bagi kelahiran anak mereka yang kedua bila dia hendak pergi ke India. Responden mendakwa bahawa oleh kerana suami pemohon sekarang adalah sahabat karibnya, dia telah menyerahkan kepadanya hal kenderaan dsb. sekiranya berlaku kelahiran bayi sebelum kepulangannya. Pemohon mengatakan bahawa responden telah menghantar dia ke Kuantan supaya dia tidak menjadi penghalang. Dia dengan jelas merujuk kepada suatu ketika di mana dalam pertengahan tahun 1967, responden menghantar dia untuk tinggal di rumah suami nya sekarang untuk bercuti. Walaupun tiada apa yang salah, memang nampaknya agak anih bagi responden berbuat demikian. Namun demikian, ianya tidak, saya fikir, menjadi bukti bahawa responden menghantarnya supaya dia tidak jadi

penghalang. Bagaimanapun, adalah boleh dipertikaikan yang responden sendiri memberi peluang kepada pemohon untuk menjalinkan hubungan dengan suami nya sekarang. Nampaknya ini menjadi akar kepada pertelingkahan yang membawa kepada perpisahan itu.

Memandangkan keadaan sekeliling adalah sesungguhnya sukar untuk mengatakan di mana kesilapan yang sebenarnya terletaknya. Adalah benar yang pemohon telah bertolak ke Kuantan tanpa persetujuan responden. Bagaimanapun, harus diingat yang dalam semua kemungkinan pemohon tidak mempunyai saudara mara kepada siapa dia boleh mengadu sepanjang perselisihan mereka. Mahkamah tidak bertujuan untuk mengadilkan sama ada dalam keadaan tersebut, pemohon telah melakukan perbuatan tidak bermoral atau sama ada responden dengan kelakuannya telah menolong menjalinkan perhubungan di antara pemohon dengan suami nya sekarang. Mahkamah ini adalah terlibat dengan, dan sesungguhnya adalah menjadi niat saya untuk menimbangkan, kedudukan pihak-pihak hari ini dan memberi hadhanah kanak-kanak kepada, pada pendapat mahkamah, orang yang sesuai dengan mengambil perhatian terutamanya kepada kepentingan dan kebajikan kanak-kanak ini.

Suami pemohon sekarang berpendapatan lumayan dan saya percaya dia mempunyai keupayaan untuk menanggung dan menjaga kanak-kanak tersebut jika hadhanah mereka diberi kepada pemohon.

Mengenai responden, dia sekarang ini telah berkahwin dengan sepupunya dan telah mendapat anak dari perkahwinan tersebut, seorang anak berusia lebih kurang 7 atau 8 bulan. Responden adalah pegawai kanan kerajaan dan yang dihormati dan juga mendapat pendapatan yang lumayan dan adalah tanpa ragu-ragu lagi, mempunyai keupayaan untuk menanggung kanak-kanak itu sekiranya hadhanah diberi kepadanya.

Seperti yang saya katakan awal tadi, pertimbangan utama di hadapan mahkamah ini ialah kebajikan kanak-kanak ini dan di dalam memutuskan hadhanah Nor Izan, budak perempuan itu, adalah penting untuk diingat yang dia sekarang berusia 8 tahun dan persoalan pelajaran dan ajaran ugama, saya fikir menjadi suatu faktor yang harus ditimbangkan. Telah ternyata dari keterangan yang kemajuannya di sekolah adalah baik dan dia menerima ajaran ugama. Saya puas hati yang dia dijaga dengan baik oleh responden. Mahkamah dengan itu merasa keadaan sekarang tidak harus diubah. Adalah untuk kebajikannya yang hadhanahnya terus dengan responden. Bila saya bercakap dengan Nor Izan semasa temuduga di kamar saya, saya dapati dia adalah bijak. Dia nampaknya sedar akan apa yang berlaku kepada perkahwinan ibu bapanya dan sedar akan hakikat yang hadhanah dirinya sedang dipertikaikan. Dia bagaimanapun kekurangan perasaan riang yang biasanya nyata pada seorang anak yang sebaya dengannya. Namun demikian saya adalah cenderung untuk berpendapat bahawa dia agak berupaya untuk menjaga dirinya. Saya dengan itu memerintahkan yang responden mendapat hadhanah Nor Izan.

Mengenai anak lelaki itu, Mohamed Faizal, tidak seperti kakaknya dia masih dalam umur yang mentah dan dari pemerhatian saya semasa temuduga, nampaknya dia agak tidak sedar akan apa yang telah sebenarnya berlaku kepada ibu bapanya Bila pemohon dan responden datang ke kamar dia nampaknya gembira bila melihat pemohon. Saya tidak fikir yang perkataan sahaja cukup untuk menjelaskan curahan kasih-sayang yang terbayang di matanya bila dia menyambut pemohon terutama melihatkan dari caranya dia duduk di pangkuan pemohon dengan sebelah tangan memeluk leher pemohon. Pada fikiran saya tidaklah akan menjadi kepentingan dan kebajikan kanak-kanak ini jika dianya dinafikan kasih, jagaan dan sayang ibunya yang sejati. Adalah wajar yang dia berada dalam hadhanah pemohon hingga sekurang-kurangnya dia berusia 7 atau 8 tahun pada ketika mana salah satu pihak boleh memohon. Pada umur itu, persoalan pelajaran dan ajaran ugama menjadi faktor penting untuk dipertimbangkan. Responden berhujjah yang isterinya sekarang adalah ibu saudara budak lelaki itu dan budak itu telah menerimanya sebagai ibu dan telah juga memanggilnya 'Mama'. Memandangkan umur budak lelaki itu, saya fikir mahkamah ini tidak boleh dengan mudah membuat apa-apa keputusan yang tertentu. Dalam hubungan ini, mahkamah tidak boleh bagaimanapun lupa akan hakikat yang dia, sebagai seorang guru, tidak hanya harus menguruskan kerjanya tetapi juga menjaga anaknya sendiri dan adalah sesungguhnya diragukan sama ada dia boleh memperolehi masa untuk dicurahkan kepada budak lelaki ini dan mendidiknya dengan sepenuh jagaan, cinta dan sayang seperti ibu sejati akan beri. Tambahan lagi, adalah ternyata bahawa pada masa sekarang, kedua-dua anak-anak kecil itu dijaga terutamanya oleh amah-amah.

Adalah boleh dihujjahkan bahawa jika hadhanah budak lelaki itu diberikan kepada pemohon, ini bermakna perpisahan di antaranya dan kakaknya. Mahkamah ini sedar akan perkara ini, dan setelah mengambil perhatian (a) perbezaan umur di antara budak lelaki dan kakaknya serta jantinanya, dan (b) fakta yang Nor Izan sekarang ini telah bersekolah dan mendapat ajaran ugama, mahkamah adalah cenderung untuk berfikir yang adalah tidak membahayakan kepentingan budak lelaki atau budak perempuan itu sekiranya mereka dipisahkan. Saya juga merasa yang perpisahan itu tidak akan sebenarnya mengganggu mereka di segi perasaan.

Untuk sebab-sebab yang telah saya nyatakan, saya berpendapat yang kepentingan dan kebajikan budak lelaki itu menghendaki hadhanahnya diberi kepada pemohon hingga dia mencapai umur 7 atau 8 tahun bila mana-mana pihak adalah bebas untuk memohon.

Memandangkan perintah yang telah saya buat, adalah perlu ditimbangkan persoalan hak menemui, dan hadhanah sementara semasa cuti sekolah Persiapan telah dibuat semasa cuti sekolah yang lepas agar anak-anak itu menghabiskan bahagian pertama cuti sekolah dengan pemohon. Saya tidak dapat melihat apa-apa sebab mengapa persetujuan yang sama tidak harus dibuat mengenai Nor Izan. Adalah untuk kepentingan kanak-kanak itu mereka diberi peluang untuk bersama-sama semasa cuti sekolah. Adalah diperintahkan yang pemohon hendaklah mendapat hadhanah sementara Nor Izan semasa bahagian pertama cuti sekolah. Pada masa-masa yang lain, pemohon adalah mendapat hak menemui Nor Izan pada suatu hujung minggu dalam suatu bulan pada hari Sabtu atau Ahad di antara jam 9.00 pagi dan 6.00 petang selepas memberi responden sekurang-kurangnya 3 hari notis. Responden sebaliknya adalah berhak mendapat hak menemui anak lelaki pada suatu hujung minggu dalam suatu bulan pada hari Sabtu dan Ahad di antara jam 9.00 pagi dan 6.00 petang selepas memberi pemohon 3 hari notis. Selanjutnya, responden adalah mendapat hadhanah sementara budak lelaki itu, Mohammad Faizal semasa bahagian kedua cuti sekolah.

Tiap-tiap pihak adalah menanggung kos masing-masing.

Perintah berikutan.